

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS, CARACTERÍSTICAS E FORMA DE INTERPRETAÇÃO

Ricardo Bazzaneze¹

Resumo: O artigo dedica-se a análise das características dos contratos interempresariais, firmados entre empresários e empresas no exercício de sua atividade empresarial, com o objetivo de circular e obter riquezas. Compreender o exercício da atividade negocial com o estabelecimento das características contratuais, que possuem uma lógica própria, por exemplo, a busca pelo lucro como um dos objetivos centrais das partes empresárias com o intuito de auferir a maior vantagem econômica possível e a presença do elemento de risco, que a análise ou o cálculo de um conjunto de dados que constituem informações necessárias para a projeção ou expectativa de um resultado, que pode se concretizar ou não. Somente após esta análise de riscos é que as partes irão optar por assumi-los ou não, devendo admitir a chance de insucesso negocial e assumir suas respectivas consequências. Para isto, a partir do método dedutivo e indutivo, com base em pesquisa bibliográfica de fontes no direito brasileiro, italiano, português e de outros países, estudou-se a concepção de um contrato interempresarial, o fim a que este se destina e a função que se dispõe, bem como, a sua forma de interpretação com o intuito de permitir uma correta análise pelas partes e pelo Poder

¹ Advogado. Pós-graduado em direito tributário empresarial pela PUC-PR (2012). Pós-graduado em direito civil e empresarial pela PUC-PR (2015). Mestre em Direito pela PUC-PR (2018). Doutorando em Direito pela PUC-PR (2022).

Judiciário, vez que o desvirtuamento interpretativo da expectativa irradiará efeitos negativos no tráfego comercial. Ao final, conclui-se que os contratos interempresariais possuem características próprias que devem ser plenamente observadas antes de se impor qualquer interferência estatal, como por exemplo, a revisão judicial com base na teoria da onerosidade excessiva.

Palavras-Chave: Empresas; Contratos Interempresariais; Características; Funções; Interpretação.

INTERCOMPANY CONTRACT, CHARACTERISTICS AND FORM OF INTERPRETATION

Abstract: The article analyzes the characteristics of intercompany contracts signed between businessman or companies in the exercise of their business activity, with the purpose of circulating and obtaining wealth. Understand the exercise of the business activity with the establishment of contractual characteristics, which have a logic of their own, for example, the pursuit of profit as one of the central objectives of the business parties in order to obtain the greatest economic advantage possible and the presence of the element of analysis or calculation of a set of data that constitute information necessary for the projection or expectation of a result, which may or may not materialize. It is only after this risk analysis that the parties will choose to assume them or not, and must admit the chance of business failure and take their consequences. To do so, the deductive and inductive method was based on bibliographical research of sources in Brazilian, Italian, Portuguese and other countries. It was studied the conception of an inter-company contract, the purpose for which it is intended and the function which is available, as well as its form of interpretation in order to allow a correct analysis by the parties and by the Judiciary, since the interpretative distortion of expectation will have negative effects on commercial traffic. In

the end, it is concluded that inter-company contracts have their own characteristics that must be fully observed before imposing any state interference, such as judicial review based on the theory of excessive charges.

Keywords: Companies; Intercompany Agreements; Characteristics; Functions; Interpretation.

1 INTRODUÇÃO



Este artigo dedica-se a análise das características dos contratos interempresariais, firmados entre empresários e empresas no exercício de sua atividade empresarial, com o objetivo de circular e obter riquezas. Compreender o exercício da atividade negocial, cujo relacionamento contratual trafega, por exemplo, pela expectativa das partes, finalidade lucrativa, riscos, entre outros e, assim, compreender a forma de interpretação desta modalidade contratual.

Demonstrar que os contratos interempresariais são pautados por uma lógica própria, com o único intuito de buscar uma vantagem econômica representada pelo lucro, de modo que o risco se apresenta como elemento indissociável da prática empresarial. Diferentemente das relações puramente civis, nos contratos empresariais, se presume que os sujeitos estejam em igualdade de condições e que tenham, ou deveriam ter, ciência de todos os riscos envolvidos na negociação e calculem o resultado pretendido. Este comportamento singular é pretendido pelo mercado, pois, permite o incremento do tráfego comercial com uma maior projeção econômica para as partes e para o desenvolvimento socioeconômico.

Para isto, a partir do método dedutivo e indutivo, com base em pesquisa bibliográfica de fontes do direito brasileiro, italiano, português, etc., estuda-se a concepção de um contrato

interempresarial, o fim a que este se destina e a função que se dispõe, bem como, a sua forma de interpretação com o intuito de permitir uma correta análise, pois o desvirtuamento irradia efeitos negativos no tráfego comercial.

Na primeira seção, aborda-se a instrumentalidade dos contratos, sendo concebidos como instrumentos maximizadores de bem-estar, espelhando uma ou mais transações de troca. Segue-se conceituando as características de uma obrigação empresária, que depende da presença de dois pressupostos, o subjetivo que diz respeito aos sujeitos da relação obrigacional que devem ser partes empresárias e o objetivo, que se refere à natureza da obrigação, a qual deve decorrer da atividade empresarial de ambas as partes.

Com a segunda seção, o objetivo é traçar a indissociável função econômica e social dos contratos. A busca pelo lucro é um diferencial marcante dos contratos empresariais e a função socioeconômica estabelece que existem limitações à discricionariedade destes atos, sempre respeitando o viés econômico das transações empresariais.

A terceira seção aduz o conceito de boa-fé objetiva e profissionalismo desta modalidade contratual. Exige-se que as partes empresárias sejam praticantes habituais de determinados atos (trocas contratuais) e que se comportem conforme as regras do jogo do ambiente institucional em que estão inseridas. Com isto, as partes confiam que seu parceiro comercial estará atuando de maneira perspicaz e profissional (senão, com a devida assessoria). Partindo-se da correta interpretação da boa-fé objetiva e profissionalismo presentes nos contratos interempresariais, os deveres de conduta garantem uma otimização contratual que gera confiança entre os participantes do mercado e estimula o fluxo negocial.

A quarta seção demonstra que nos contratos interempresariais sempre existirá a presença do elemento de risco, que a análise ou o cálculo de um conjunto de dados que constituem

informações necessárias para a projeção ou expectativa de um resultado, que pode se concretizar ou não. Somente após a análise dos riscos é que as partes irão optar por assumi-los ou não, devendo admitir a chance do insucesso negocial.

Na quinta e última seção, expõe-se a forma de interpretação dos contratos interempresariais, de modo que o intérprete deve compreender o escopo do ajuste e a função a que o contrato se dispõe a realizar, a fim de que equívocos hermenêuticos não prejudiquem a natureza e o propósito do contrato e as vantagens competitivas obtidas por cada parte. Para isto, deve-se aprofundar o conhecimento a respeito dos fins econômicos que as partes pretendiam atingir ao realizar o pacto contratual, cabendo ao direito a defesa de tais direitos, mesmo que estejam em desequilíbrio.

Constrói-se, desta forma, arcabouço suficiente para concluir que os contratos interempresariais possuem características próprias que devem ser plenamente observadas antes de se impor qualquer interferência estatal, como por exemplo, a revisão judicial com base na teoria da onerosidade excessiva.

2 OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Os contratos são os instrumentos que garantem o processo de troca, o fluxo econômico e o desenvolvimento econômico-social², sendo negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea de modo a satisfazer os interesses acordados, ou seja, o negócio “cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”³.

Na esfera mercantil, o contrato identifica-se com as operações realizadas pelos empresários e que são corporificadas por

² FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 16.

meio dele. Assim, o contrato identifica qualquer maneira de coordenar as transações ou, ainda, todas as relações que criam vínculo de interdependência entre os sujeitos da relação comercial⁴. Tem por objeto servir de instrumento para a circulação de riquezas que permeia toda a atividade empresarial, colaborando para seu desenvolvimento eficaz, mediante disciplina privada que busca a harmonização de interesses privados e disponíveis, negociados dentro dos limites da lei, do mercado e da prática corrente⁵.

O mercado é um emaranhado de relações contratuais tecido pelos agentes econômicos, pelas empresas e pelos resultados de tais interações⁶. Em outras palavras, baseia-se em trocas que podem vir à luz a partir da celebração de contratos, que nascem do e no mercado⁷. O fluxo das relações econômicas exige a garantia da execução dos contratos para que se evite ou minimize qualquer comportamento oportunista de partes com interesses puramente egoísticos.

Assim, os contratos devem ser vistos como instrumentos maximizadores do bem-estar, pois cada um deles espelha uma transação de duas ou mais partes com interesses contrapostos e objetivos complementares com uma troca, que, por sua vez, pode ser feita em duas modalidades, numa redistributiva ou competitiva, não ocorrendo um incremento de bem-estar total, portanto, de soma zero e outra produtiva e solucionadora, com as partes acordando em preços objetivos de mercado ou em outros pontos legalmente predispostos, partilhando o incremento

⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27.

⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fabio Ulhoa Coelho et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

⁶ FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

de valor representado pela transferência do recurso para a parte mais predisposta a pagar por ele, portanto, com soma positiva, ressaltando que se encontram dispostas a comunicar qualquer intercorrência que possa advir desta relação⁸.

A consequência pragmática é o reconhecimento de que existem escolhas contratuais preferíveis para toda e qualquer circunstância⁹, o que vale também para os contratos interempresariais – realizados por empresários no exercício de sua atividade profissional¹⁰ –, porque possuem elementos diferentes daqueles presentes nos contratos tradicionais¹¹. Seu objetivo é de organização, indispensável à prática empresarial¹², e, para que sejam enquadrados na categoria de contratos comerciais e estejam sujeitos à teoria geral destes, devem possuir as peculiaridades empresariais que decorram não apenas de seu conteúdo específico, mas também da função por eles exercida em relação à atividade do empresário¹³.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁴, para uma obrigação se

⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45-46.

⁹ *idem*, p. 47.

¹⁰ “A prática da atividade empresarial que será instrumentalizada pelos contratos comerciais poderá ser promovida de forma individual (Empresário Individual ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI) ou mediante opção por uma organização societária. Nesta segunda hipótese, haverá não apenas a escolha pela conjugação de habilidades e capital de forma a viabilizar a prática empresarial visada, como também a possibilidade de opção por um sistema de organização que permita a limitação da responsabilidade dos sócios, presente também no modelo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)”. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa Coelho *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

¹² *Idem*, p. 30.

¹³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa Coelho *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São

caracterizar como empresária, é necessária a presença de dois pressupostos: um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O pressuposto subjetivo diz respeito aos sujeitos da relação obrigacional, que devem, como regra, ser partes empresárias, enquanto o pressuposto objetivo se refere à natureza da obrigação, a qual decorrer do exercício da atividade empresarial de ambas as partes.

Não integram os contratos empresariais aqueles realizados no âmbito do direito do consumidor, em que o mesmo empresário ou a sociedade empresária estariam submetidos à lógica específica deste sistema, à legislação própria¹⁵ e à adoção das teorias finalistas¹⁶ ou maximalistas¹⁷. Dentro de um contrato, a parte empresária pode até sofrer um acidente de consumo, ainda assim, esta relação entre as partes e o contrato não será uma relação empresarial em razão da ausência do pressuposto objetivo (natureza da obrigação), pois a parte empresária não se tornará credora em virtude da exploração da sua atividade econômica, mas por sua condição de adquirente final do produto ou serviço¹⁸.

Mesmo com a revogação do Código Comercial de 1850¹⁹, a categoria jurídica dos contratos empresariais

Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

¹⁵ Código de Defesa do Consumidor: Art. 2º. Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁶ A pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, precisa adquirir bens ou serviços a latere de sua atividade empresarial, circunstância fundamental para que seja ela destinatária final e não simplesmente intermediária.

¹⁷ A caracterização da relação de consumo se dá por meio da aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final de fato, por força de elemento objetivo, qual seja, o ato de consumo. Pouco importa a destinação do bem ou serviço e onde será empregado, por exemplo, na atividade profissional. Como destinatário final, basta que retire o bem da cadeia de consumo, utilizando-o ou exaurindo-o.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-14.

¹⁹ O Código Civil brasileiro estruturou-se de forma a afastar a dualidade de tratamento

permanece vigente, devendo prevalecer a atribuição de tratamento especial aos contratos empresariais pois seus efeitos econômicos formam uma barreira material que não permite a comparação com os contratos civis tradicionais. Além disto, a permissão da comparação também encontra vedação Constitucional, já que nenhuma lei pode ignorar a finalidade dos contratos empresariais na ordem econômica²⁰.

Assim, considerando a dinâmica empresarial que permanece vigente mesmo com a revogação parcial do Código Comercial, as fontes das normas gerais a serem seguidas nos Contratos civis e mercantis encontram-se no Código Civil. Alguns exemplos seriam as regras de validade do negócio jurídico, seus eventuais defeitos, prescrição e decadência, princípio da função social do contrato e princípio da boa-fé objetiva²¹.

Como é possível constatar, os contratos interempresariais possuem uma dinâmica própria, de natureza subjetiva e objetiva, o que não impede que sofram os impactos das normas gerais e da constitucionalização do Direito Civil.

3 A FUNÇÃO ECONÔMICA (LUCRO) E SOCIAL: INDISOCIABILIDADE

Os contratos interempresariais possuem peculiaridades

conferido aos contratos a partir de sua natureza de contrato civil ou comercial. Para isso, foram revogadas as normas do Código Comercial que disciplinavam de forma específica algumas categorias de contratos comerciais e foram incorporadas normas principiológicas incidentes sobre a categoria geral dos contratos privados e mantida a disciplina específica de algumas modalidades de contratos privados. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa Coelho *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 15-16.

²¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso avançado de direito comercial*. 10ª Ed. Rev., atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

não apenas nas características das negociações jurídicas que serão implementadas, mas também em sua função²², pois há “inegavelmente uma ‘função ideológica’ nos contratos, que os faz servir ao mercado e ‘proteger melhor determinados interesses’”²³. A ideologia do contratualismo possui uma real função: a de favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade, o centro da vida dos negócios, o instrumento por excelência da vida econômica²⁴.

O “diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar”²⁵. O lucro, vantagem material ou econômica, é o fundamento buscado na atividade empresária, é a razão pela qual se praticam os atos de comércio. Este objetivo está positivado no art. 966 do Código Civil²⁶, que atribui qualidade de empresário para aquele que “exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

O supracitado dispositivo estabelece que o empresário deve operar necessariamente no âmbito das atividades que

²² FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 30.

²³ FORGINI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 153.

²⁴ “Os contratos são uma das fontes das obrigações, certamente o instrumento jurídico mais utilizado pelo empresário em sua atividade cotidiana. Desde o momento do seu surgimento até o último de seus dias, o empresário, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, haverá de utilizar-se constantemente de contratos”. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 10. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 759.

²⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

²⁶ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

proporcionem alguma vantagem material ou econômica, e isto significa ‘lucro’.

Em sentido objetivo, a finalidade lucrativa da atividade empresarial significa que pouco importa a intenção subjetiva dos sócios sobre qual fim será dado ao lucro: utilização pessoal, doação, reinvestimento, etc. sua característica lucrativa abstrata é essencial para que seja considerada empresarial²⁷. No entanto, o resultado da atividade empresária não deve ser traduzido apenas em lucro, mas em busca pelo lucro, ou seja, se o negócio querido pelas partes não atingir a finalidade lucrativa significaria que a parte que sofreu um revés estaria apta a afastar os efeitos daquele negócio, o que não seria permitido por contrariar a lógica do mercado e a dinâmica dos contratos²⁸.

A função socioeconômica estabelece que as partes reconheçam que a liberdade contratual e a autonomia privada sejam exercidas dentro dos limites e termos da função socioeconômica, limitando a discricionariedade de seus atos aos termos da Constituição Federal Brasileira e aos limites dos artigos 421²⁹, 422³⁰ e parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil Brasileiro³¹. A

²⁷ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell'Impresa*. Turim: UTET, 2013, p. 34.

²⁸ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 51.

²⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

³⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

³¹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

elaboração e/ou interpretação dos contratos a partir da ótica individualista resta superada, devendo ser observados, além dos interesses individuais, os efeitos que serão gerados e produzidos em relação ao todo, à sociedade ou ao círculo de pessoas potencialmente afetadas de forma direta ou indireta pelo negócio jurídico³².

A ideia de função social como elemento de cerceamento da liberdade de contratar ressurgiu no momento de eficácia contratual, possibilitando a revisão de condições contratadas quando a manutenção do contrato estiver em risco³³, observando o equilíbrio do binômio da base objetiva e subjetiva do negócio jurídico contratual³⁴. O exemplo apresentado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior ilustra o espírito da adoção da função social como critério de alteração da vontade das partes:

Um contrato firmado entre um empresário e um agente financeiro que contenha uma cláusula que coloque em risco a continuidade do exercício da atividade da empresa de forma anormal pode justificar a invocação da função social do contrato para fazer prevalecer a condição menos desfavorável para a

³² REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 103-104.

³³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

³⁴ [...] o papel do Poder Judiciário, ao lançar mão da função social dos contratos, passa pela preservação da 'economia do contrato', o que não significa a realização de um 'princípio do equilíbrio econômico', mas sim a compreensão do contexto social e econômico no qual o contrato está inserido, isto é: como socialmente as partes estabelecem a distribuição de riscos de sua atividade, e qual é a 'natureza' da operação econômica da qual o contrato é a 'veste jurídica'. Dito de outro modo: também no exame do 'princípio do equilíbrio econômico' como expressão da função social, a 'função econômica' ali aparentemente implícita somente pode ser compreendida como 'função social' se analisada a função do contrato como competência normativa, sob pena de supressão da liberdade contratual. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In COSTA, Judith Martins. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 273).

empresa, com fundamento no interesse da coletividade em retardar ou minimizar as perdas que defluem da decretação de falência de uma empresa, ainda que houvesse uma cláusula dispendo no sentido pretendido pelo beneficiário³⁵.

No entanto, a invocação da função social deverá ocorrer com parcimônia, atrelada à situação concreta, respeitando, o viés econômico do contrato interempresarial, segundo o qual as empresas estabelecem seus laços para circulação de bens e serviços em busca da satisfação do seu objetivo lucrativo e também, a uma função social da atividade empresária, que serve aos propósitos do Estado para o desenvolvimento econômico e social, o que não significa esvaziamento de um dos conceitos relativamente ao outro, mas sim o respeito a ambos para que se garanta a preservação de interesses ou externalidades ligadas aos contratos³⁶.

4 A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROFISSIONALISMO NOS NEGÓCIOS INTEREMPRESARIAIS

A boa-fé objetiva nos contratos representa uma indagação teleológica, de ponderação, que “procura fazer justiça ao caráter puramente instrumental que os contratos assumem na vida econômica, e espelha a necessidade de consolidação do ambiente de confiança quando os contratos não são pontuais, antes propiciando uma colaboração encadeada”³⁷.

Assim, a boa-fé garante deveres instrumentais de conduta, que visam promover a cooperação e a proteção dos

³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 162. Em referência ao julgamento do TJMG, “Tratando-se de falência, deve-se, sempre que possível, visar o princípio da conservação da empresa. Logo, o contrato examinado à luz do princípio mencionado e da sua função social” (Ap. Civ. 1002402737740-7/001, rel. Des. Caetano Levi Lopes, acórdão publicado dia 10.08.2004).

³⁶ *Idem*, p. 175-183.

³⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 578.

interesses que são recíprocos. Trata-se de um verdadeiro guia em que os contratantes devem pautar sua conduta e também interpretar e integrar eventuais lacunas. Em regra, a negociação pré-contratual traz implícitos dois deveres básicos de conduta: um negativo, que significa a abstenção temporária de negociação com terceiros, não-sabotagem, etc., e um positivo, de conduta em conformidade com as expectativas e solicitude perante os interesses alheios, que conjuntamente compõem a boa-fé neste estágio de negociações. Deste modo, a boa-fé pode desempenhar funções de *excluder*, de barreira contra condutas que possam ser consideradas de má-fé, funções ‘expressivas’ de consolidação de práticas de ‘honestidade’ e de ‘razoabilidade’ - como se julga ser alcançável através do reconhecimento generalizado do *implied covenant of good faith*, ou ainda funções de resguardo contra intervenções externas que pudessem pôr em causa benefícios legitimamente alcançados pelas partes³⁸.

Na perspectiva econômica, a boa-fé pode ser vista sob o plano do cumprimento do contrato que está centrado nos benefícios esperados pela parte credora em troca de seu investimento (interesse positivo ou interesse de cumprimento), e o plano da tutela jurídica recobre todos os incidentes da vida do contrato do próprio inadimplemento, que, se verificado, deverá ser compensado³⁹, pois ao atuar no mercado, a empresa está sujeita a essas normas jurídicas, não existindo mercado sem direito ou sem regras que atribuam sanção externa e organizada ao comportamento do agente⁴⁰.

No segmento dos contratos interempresariais, a boa-fé objetiva exige que o empresário se comporte conforme as “regras do jogo” do ambiente institucional em que estiver inserido

³⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 571-583.

³⁹ *Idem*, p. 572.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais in COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105.

para que se possa aferir se a conduta atende o padrão de conduta esperado, cuja construção se dá no mercado, por meio de reiteradas jogadas anteriores dos diversos agentes econômicos, formando o que se denomina "memória de experiência". Tal memória é atributo do mercado, e não do indivíduo, mas o agente econômico deverá conhecê-la de antemão, visto que o descumprimento dos padrões acarretará a sanção jurídica correspondente⁴¹.

Desta forma, a boa-fé objetiva não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios. Ao contrário: ela reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminui os riscos, catalisa a fluência das relações no mercado⁴² e diminui a incidência dos custos de transação, uma vez que aumenta a certeza e o grau de previsibilidade⁴³⁴⁴.

Outrossim, “no sistema do direito comercial, a boa-fé permite e estimula a eficiência do agente econômico ao mesmo tempo que exige (para o bem do tráfico mercantil) que seja

⁴¹ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 101-102.

⁴² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais in COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais* in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101.

⁴³ *Idem*, p. 105.

⁴⁴ “A cláusula de boa-fé objetiva deve ser analisada não como decorrência de qualquer solidariedade, mas sim como elemento de coesão do mercado e de catálise do fluxo de transações econômicas” [...]. A cláusula de boa-fé também pode ser interpretada como: “modelo jurídico ou, mais especificamente, como uma estrutura normativa que ordena determinados fatos (transações comerciais), de acordo com valores (usos e práticas do mercado), conferindo certa tipologia a comportamentos futuros (memória de experiência), os quais, a seu turno, geram certas consequências. Em outros termos, a boa-fé objetiva “cláusula geral por excelência”, apresenta-se como uma norma-ponte entre o contrato e os valores fundamentais do sistema, em especial com os princípios constitucionais. Por essa razão, eventual intervenção contratual, com base na correta aplicação do modelo jurídico da boa-fé objetiva (transposição de valores sociais específicos do caso concreto ao contrato), não será arbitrária. YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 81.

adotado o comportamento típico dos ‘comerciantes cordatos’⁴⁵. A empresa é um centro de tomada de decisões que tem em vista a satisfação de sua função econômica – a busca pelo lucro – e, por isto, na alocação dos recursos o empresário deverá pautar seu comportamento no padrão de cuidado e diligência empresarial. Em outras palavras, ele terá “dever de prudência no exercício da atividade empresarial e de atuação conforme a especificidade do mundo negocial e os critérios admitidos em cada setor”⁴⁶ e, ainda, exige-se que “o empresário esteja munido das informações necessárias para dirigir sua empresa (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções, informações sobre a concorrência)”⁴⁷.

Pressupõe-se, destarte, que o empresário seja praticante habitual de determinados atos, de acordo com os demais atores do mercado, agindo sempre de maneira perspicaz, isto é, profissional⁴⁸. Com esta perspectiva de atuação profissional, aceita-se a mitigação do dever de prestar informações sobre quantidade e qualidade usualmente prestada em negócios semelhantes, sendo “óbvio que alguns corolários dos ‘mecanismos’ de revelação e partilha de informação podem também revestir algumas características de deveres positivos, aproximando-se por essa via de um entendimento sobre o ‘dever de boa-fé’”⁴⁹. Deste modo, o contratante deve adotar todas as cautelas necessárias para adquirir todas as informações que razoavelmente (no padrão de conduta do mercado) poderia ter adquirido para tomar a decisão de

⁴⁵ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais in COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

⁴⁶ WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58-63.

⁴⁹ ARAÚJO, Fernando *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 582.

celebrar o negócio jurídico⁵⁰. O grau de informações deve ser posto à livre disposição do contratante, diferente, por exemplo, da relação de consumo, em que há o dever de transparência absoluta.

Se não diligenciar neste sentido, a parte não poderá utilizar o subterfúgio da boa-fé objetiva como pretexto legitimador “de uma atitude de interferência judicial em puros critérios econômicos, comerciais e de gestão, em violação aos limites impostos pelo *business judgment rule* e em evidente detrimento da eficiência”⁵¹. A presença do erro é fundamental para o funcionamento do sistema e, se não for considerada, “jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente da álea normal e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis”⁵².

Partindo-se da correta interpretação da boa-fé objetiva e profissionalismo presentes nos contratos interempresariais, os deveres de conduta garantem uma otimização contratual que gera confiança entre os participantes do mercado e estimula o fluxo negocial. À medida que cresce a confiança, aumentam a previsibilidade e o grau de segurança do mercado, o que reduz os custos de transação das negociações⁵³ e eleva a eficiência do mercado.

5 O ELEMENTO RISCO E A ÁLEA NORMAL DOS CONTRATOS

Enquanto no contrato comum tem-se o vínculo entre a

⁵⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 82-84.

⁵¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 574.

⁵² WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163.

⁵³ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 82-84.

segurança e a estabilização das relações, nos contratos empresariais deve-se considerar o risco do negócio, que, ao lado do lucro, é elemento indissociável das atividades. Todo negócio implica risco, e cada contrato tem seu risco típico, inerente à atividade empresarial⁵⁴. O risco pode ser compreendido como “a eventualidade de sofrer dano, conexas com circunstâncias mais ou menos previsíveis”⁵⁵ e está inerente a toda e qualquer empresa, não importando sua natureza⁵⁶. O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, e, como parte do exercício do poder de condução da empresa, o empresário lança mão de contratos, que poderão ou não conduzir aos melhores resultados⁵⁷.

A previsão do risco não é novidade. Deriva da análise ou do cálculo de um conjunto de dados que constituem as informações necessárias para a projeção ou expectativa de um resultado, que pode se concretizar ou não, já que depende de eventos futuros⁵⁸ que compreendem certo grau de incerteza, por mais previsíveis que possam ser. Assim, “quando as partes celebram um pacto, acompanha-as a consciência plena de que, com a vinculação, assumem determinados riscos e todos eles encerram uma ideia probabilística”⁵⁹.

Deste modo, o grau da tutela da parte que teve

⁵⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

⁵⁵ ROMANO, Cristiano. *Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

⁵⁶ ROMANO, Cristiano. *Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

⁵⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 182.

⁵⁸ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 23.

⁵⁹ BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79

determinado risco concretizado em dano deve ser muito menor do que nos contratos de natureza puramente civil⁶⁰, ou seja, a atuação do Estado deve ser bem menos intervencionista. A parte que assumiu uma jogada “arriscada” certamente deve assumir as consequências do resultado, pois o sucesso de um ambiente de competição depende da variação das estratégias adotadas pelos agentes econômicos, com reflexo nos resultados alcançados.

Na análise de riscos para maximização dos resultados, as partes devem considerar, por exemplo, (i) a possibilidade do inadimplemento pelo devedor, por fato de terceiro, fato do príncipe ou caso fortuito, e (ii) a diminuição da satisfação econômica do negócio pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas ou previsíveis (álea normal) ou não previsíveis (álea extraordinária), que não comportam inadimplemento em sentido técnico, mas sim uma desordem na economia originária do negócio celebrado⁶¹. Dito de outro modo, o risco dá-se no cumprimento da obrigação principal e considera a possibilidade de perda econômica e um dano financeiro mediante a avaliação de diversos fatores: (i) o evento; (ii) a causa; (iii) o dano, e (iv) a incidência sobre os contratantes⁶².

Ao decidir-se pela celebração dos contratos, presume-se que o risco assumido foi calculado e é tolerável com as características do negócio entabulado. Desta forma, a álea normal “designa o evento normal e previsível que possa vir a ocorrer no curso da relação contratual, em contraposição aos eventos extraordinários e imprevisíveis que tornam excessivamente onerosa a prestação”⁶³. Para aferir a álea normal, deve-se ter em vista o

⁶⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 55.

⁶¹ ALPA, Guido Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40, p. 1146.

⁶² PATTERSON, Edwin W. The apportionment of business risk through legal devices. *in Columbia Law review*, New York, 1924, v. 24, p. 336.

⁶³ BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79.

grau de informação, o ambiente e o tipo contratual, isto é, as bases e circunstâncias da negociação, o ambiente econômico do momento da celebração e o momento em que ocorre a necessidade de avaliação da alteração das circunstâncias contratuais⁶⁴.

Para a constatação da ocorrência de eventos capazes de exceder o espectro de previsibilidade do contrato, é necessário aferir os aspectos econômicos envolvidos, os eventos que não poderiam ter sido previstos pelas partes, consideradas as suas qualidades intrínsecas, e o posterior momento de desarranjo da avença. O critério quantitativo da superação da álea normal é aferível se a prestação se torna, no curso do contrato, excessiva do ponto de vista econômico. O critério qualitativo é avaliado de acordo com o tipo contratual: se ocorreram eventos extraordinários e imprevisíveis, considerando-se as circunstâncias da contratação (“qualidade das partes, tipo do contrato e o ambiente da relação entabulada⁶⁵”), os usos do local da contratação e, por fim, o critério temporal impõe a comparação entre o cenário econômico no momento da contratação e o momento da cogitada exportação da álea normal do contrato⁶⁶.

No ambiente empresarial, a ponderação do risco também é aplicável, porém com maior rigor⁶⁷, pois há que considerar: (i) a situação concreta em que se encontram as partes; (ii) a vocação

⁶⁴ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37

⁶⁵ COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações – Adimplemento e Extinção das Obrigações*. 2. ed. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 308.

⁶⁶ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 38.

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 303. “Por fim, cabe perguntar se as atitudes perante os riscos são também um dado relevante para a análise da conduta contratual de empresas – pessoas colectivas desprovidas de uma identidade naturalística a que possam atribuir-se características psicológicas, e mas a mais rodeadas do fosso da responsabilidade limitada. A resposta é obviamente positiva, apesar do bem fundado das ressalvas: das empresas é de esperar até uma vocação específica para a gestão explícita do risco, e é larga medida em função dela que as convenções de que é composta a personalidade colectiva vão se formando”.

para a gestão do risco, (iii) a análise circunstancial das qualidades do contratante (tais como sua experiência para a realização do negócio, qualidade empresarial, capacidade financeira, etc.), e (iv) o aspecto econômico da prestação para aferição da onerosidade imposta à parte que justifique uma reanálise do pacto.

Em que pese a atividade empresarial ter o risco implícito, algumas circunstâncias fogem ao espectro de previsão das partes e outras são desconsideradas por sua improbabilidade, como, por exemplo, a perda da grande base do negócio, teoria elaborada por Gerarhd Kegel. Ela assinala que as partes pressupõem que não haverá, na pendência do contrato ou associado aos efeitos que este propõe alcançar, nenhuma perturbação estrutural nas condições políticas, econômicas ou sociais que coloquem em causa a própria existência social, tal como conhecida usualmente pelos contraentes⁶⁸. Deste modo, o contrato é celebrado levando em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, com ou sem a presença de consciência das partes no caso concreto, como, por exemplo, sobre a ordem social ou econômica existente, o poder aquisitivo de determinada moeda, as condições normais do tráfego ou outras semelhantes, sem as quais o contrato não cumpre a finalidade por ele pensada, nem pode realizar a intenção considerada justa pelas partes. Assim sendo, exigir o cumprimento de um contrato na presença desta circunstância imprevista e imprevisível não poderia ser considerado como de boa-fé⁶⁹.

⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1053.

⁶⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 314. No original: *Todo contrato se estipula entre los que en él participan teniendo en cuenta determinadas circunstancias de caracter general, ya sean conscientes o no de ello en caso concreto; como, por ejemplo, el orden social o económico existente, el poder adquisitivo de una determinada moneda, las condiciones normales del tráfico u otras semejantes, sin las cuales el contrato no cumple la finalidad para él pensada ni puede realizarse la intención de las partes. Si en dichas relaciones necesarias para la subsistencia del negocio (como base objetiva del mismo y reglamentación considerada justa y conveniente para ambas partes) se produce una alteración total e imprevista, que en forma alguna no haya sido considerada en*

Deste modo, a relevância da identificação da extensão da álea normal do contrato está no fato de que é a partir deste limite (álea normal) que o contrato comutativo passa a se comportar como um verdadeiro contrato de natureza aleatória. Assim, no que tange ao risco assumido, a partir deste ponto estaria implícita a incerteza da vantagem econômica das partes⁷⁰. No entanto, o contrato comutativo com dilatação da álea normal por vontade das partes não se torna, por este motivo, um contrato aleatório em sua causa. Desta forma, o âmbito alongado da álea normal se torna o limite preclusivo para a aplicação da onerosidade excessiva⁷¹.

Paradoxalmente, o contrato, que é um instrumento dedicado à redução das incertezas, também é ‘ambiente’ gerador de riscos, na medida em que quem contrata está sujeito ao inadimplemento, às variações do mercado, às influências da natureza e às alterações legislativas, dentre outros fatores externos à relação jurídica mantida entre as partes que podem impactar o cumprimento da maneira como foi celebrado⁷². Logo, se extrapolada a álea normal (alongada) de risco prevista naquele contrato, existe a possibilidade de postular-se sua readequação. Neste sentido, valiosa a transcrição de Fernando Araújo:

Trata-se, por outro prisma, de determinar em que condições é invocável a impossibilidade de cumprimento – até que ponto ela é genuinamente <exógena> [pré-contratual – seleção adversa] (e não fruto do <risco moral>), e, sendo exógena, pode ser coberta por seguro: é que é muito plausível que, num mercado aberto e concorrencial, se estabeleça uma relação dialéctica entre o regime legal de exoneração do devedor por

el contrato, no sería conforme con ‘la buena fé’ (§§ 157, 242) someter inflexiblemente a la parte desproporcionadamente perjudicada por la alteración al contrato que fué concertado bajo presupuestos completamente diferentes.

⁷⁰ BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto por eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952, p. 178.

⁷¹ NICÒLO, Rosario. *Alea*. *Enciclopedia del diritto*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1958, p. 1.027.

⁷² SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 30.

impossibilidade e os incentivos à conduta das partes, sendo de prever que um regime demasiado liberal seja compensado por restrições expressamente estipuladas, e que um regime legal demasiado restritivo seja contornado por ressalvas convencionais – sendo de esperar ainda que as ressalvas convencionais se centrem em circunstâncias extra-mercado, geralmente não ressaltando as alterações de onerosidade que resultem meramente de alterações de preços em sequência de <choques> na oferta ou na procura⁷³.

Frise-se, por fim, que a proteção desmedida de um agente mais fraco com a neutralização dos efeitos nefastos do seu erro poderá distorcer o mercado e enfraquecer a tutela de confiança que dele se espera, o que desestimula seu fluxo contínuo⁷⁴ e pode gerar comportamentos oportunistas: o contratante mais fraco sentir-se-á desestimulado a promover análises informacionais mais profundas porque os efeitos serão neutralizados.

Esse comportamento deve ser rechaçado, pois “a existência do erro é inseparável da inerência do risco à atividade comercial, do qual o lucro constitui, na sua essência, remuneração”⁷⁵. Deste modo, cabe ao direito assegurar o normal decurso do processo contratual e o respeito pelos compromissos assumidos, e não o resultado lucrativo almejado pelo empresário. Isto inclui a estratégia equivocada ou a força de um imprevisto inerente à álea normal do contrato⁷⁶.

6 A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO INTEREMPRESARIAL

Os principais fatores do funcionamento dos contratos

⁷³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 301.

⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁷⁵ COSTA, Mariana Fontes da. *De alteração superveniente de circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Almedina, Coimbra, 2017, p. 313.

⁷⁶ *Idem*.

empresariais encontram-se na relação sistêmica entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, motivo pelo qual o direito deve atuar para disciplinar os comportamentos, permitindo sua preservação e funcionamento⁷⁷. O papel desempenhado pelo direito no controle dos contratos inclui (i) salvaguardar o interesse público (ou seja, tutela das razões da coletividade em detrimento das dos contraentes) e (ii) garantir a autonomia privada⁷⁸. Assim, o direito tutela o sistema do mercado no seu conjunto, e não em seus interesses particulares; caso contrário, colocaria em risco todo o sistema e abalaria a confiança existente em sua previsibilidade⁷⁹, afinal, “o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber) – viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados”⁸⁰. Para o direito comercial, a interpretação apresenta desdobramentos relevantes:

[a] a função econômica do negócio no direito comercial assume importância, porque permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro; a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligado à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer ROPPO, à “gestão de uma economia capitalista” ou às “regras de bom funcionamento do mercado;

[b] a racionalidade econômica do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência; evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do agente, rebatida na boa-fé e na proteção da legítima expectativa; a previsão do standard do agente “ativo e probo” nada mais significa senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários [socialmente tópica], depurada pelo

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117-118.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 333-334.

⁷⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 222.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 350.

direito como mínimo padrão interpretativo; [c] a proteção da eficiência das decisões empresariais é outra fonte na qual há muito se fartam os intérpretes autênticos e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometam a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, da mesma forma como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema⁸¹.

O aspecto econômico contratual é de grande importância, pois os contratos estão inseridos em um ambiente econômico e possuem características peculiares que devem ser analisadas sistemicamente, sob pena de comprometer o fluxo mercantil:

[...] sendo o contrato a forma jurídica da circulação da riqueza, parece-nos evidente que não é possível descon siderar os elementos econômicos na busca da interpretação mais adequada, donde inviável uma interpretação que desrespeite a economia do contrato; não obstante, a questão é pouco tratada em nossas cortes, contudo, fazendo parte da realidade social, compete-nos ressaltar que os fatos relativos à eficiência econômica não podem ser desprezados, a tanto, gostemos ou não, basta observar à nossa volta, tudo parece ter uma valoração econômica, cujo contrato, respeitável símbolo disso, não pode ser ignorado nessa parte⁸².

Os negócios entre empresários possuem como pressuposto básico a certeza de que o produto do contrato será mais vantajoso que sua situação pré-contratual, a esperança de atingir seu objetivo magno – gerar “lucro” –, ao que se denomina ‘função econômica do contrato’ onde o contrato empresarial encontra sua razão de ser⁸³.

Como nos negócios interempresariais cada parte buscará seu objetivo, seus interesses terão magnitudes diferenciadas, o que não redundará em uma necessária equivalência lucrativa; pelo

⁸¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 247-248.

⁸² BENACCHIO, Marcelo. *Interpretação dos contratos*. In: Lotufo, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 387.

⁸³ FORGIONI, Paula A. *A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr/jun. 2003, p. 7.

contrário, nos contratos empresariais esta desproporção pode existir e deve ser aceita, sem que isso signifique necessariamente desequilíbrio contratual. O Superior Tribunal de Justiça afirma que nos contratos interempresariais se aplica o Código Civil, sendo regra a observância do *pacta sunt servanda*. Deste modo, pelo princípio da autonomia da vontade, aceita-se que não existe simetria natural entre as partes contratantes e garante-se ampla liberdade para as partes celebrarem seus negócios, desde que preservados os bons costumes e a ordem pública⁸⁴.

Infelizmente, é comum que as discussões jurídicas sobre negócios mercantis e sua interpretação gravitem em torno da vetusta visão, ou a ela estejam limitadas, de que o lucro de uma parte significa o prejuízo da outra. A dogmática da interpretação dos contratos empresariais deve ir além, servindo para “buscar a coerência sistêmica da interpretação, lubrificando a fluência de relações econômicas⁸⁵”.

Logo, na visão sistêmica, o negócio empresarial deve ser visto como um todo ordenado, de tal sorte que o processo de sua interpretação deve ser racional e construído a partir de sua função econômica ou da intenção comum das partes⁸⁶. Por essa razão, no processo de interpretação contratual devem ser considerados alguns princípios interpretativos, entre eles: o da finalidade econômica (critério econômico pretendido pelas partes); o da boa-fé objetiva (recíproca lealdade das partes); o da conservação dos contratos (buscar a vontade das partes no sentido em que foi pactuado), e o da unicidade contratual.

Nas transações empresariais, também é relevante a causa

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1321614/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 16/12/2014, dje 03/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1321614&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 207-208

⁸⁶ *Idem*, p. 235.

do negócio para interpretá-lo segundo a lógica sistêmica de direito comercial⁸⁷. A causa é um elemento de integração contratual, indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação, e não precisa ter qualquer ligação com os motivos subjetivos da vontade do agente. Pela causa do contrato haverá a coligação ao mercado, “a praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”⁸⁸.

A função da causa não determinar a licitude ou não da avença, nem mesmo para saber se a causa deve ser incluída entre os requisitos essenciais do ato jurídico, mas sim compreender que esta pode pautar sua interpretação de acordo com a lógica do sistema do direito comercial⁸⁹. Desta forma, a causa pode dimensionar os contratos comerciais em três níveis: “1. função econômico-social do contrato; 2. resultado jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato, e 3. a razão determinante que impulsiona as partes à celebração do contrato”⁹⁰.

Assim, no processo interpretativo dos contratos empresariais, deve-se compreender o escopo do ajuste, ou seja, a função a que ele se dispõe, o objetivo pretendido pela parte, a fim de que equívocos hermenêuticos não prejudiquem a natureza e o propósito do contrato. Na interpretação, portanto, é de suma relevância ter conhecimento dos fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar, pois o direito garante estes fins, ainda que se possa visualizar algum desequilíbrio.

Os efeitos oriundos dos contratos são tratados por Marcia Carla Pereira Ribeiro como externalidades significativas e não

⁸⁷ AZEVEDO, Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 128.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 221.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 342-343.

⁹⁰ *Idem*, p. 221.

significativas, em que “há contratos nos quais as externalidades são ponderáveis e deverão interferir na tarefa de interpretação do contrato e outros em que deverão ser desconsideradas, ou porque inexistentes ou porque desprezíveis”⁹¹. Nos contratos de externalidades não significativas, a teoria da onerosidade excessiva pode ser invocada se sobrevier um fato capaz de atingir a álea normal do contrato e, respectivamente, o objetivo socialmente desejado pelas partes. Por sua vez, os contratos de externalidades significativas são “preferencialmente os contratos utilizados na prática empresarial”⁹² em razão da dinâmica dos negócios empresariais, que atrela o exercício da empresa a seu objeto.

Neste cenário, é preciso que o direito dê suporte ao comportamento legitimamente esperado de uma parte ativa e proba, revestindo “a interpretação contratual de juízo de coerência e previsibilidade [ou calculabilidade, como quer IRTI inspirado em WEBER], que viabiliza e incrementa o funcionamento do sistema”⁹³. Portanto, quanto maior a confiança no cumprimento de um contrato, menores serão os custos de transação, e maior a sua eficiência, o que, por sua vez, incentiva a cooperação entre as partes”⁹⁴.

Assim, revela-se fundamental o profissionalismo que envolve as partes na orientação dos negócios, ainda que sejam de portes diferentes, supondo-se que as cláusulas contratuais tenham sido analisadas por profissionais habilitados. Portanto, se houver uma má-avaliação dos desdobramentos da execução do

⁹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67.

⁹² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

⁹³ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

⁹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

contrato, o risco assumido não poderá ser socorrido pelo Poder Judiciário, e caberá ao contratante suportar seu próprio prejuízo ou rescindir o contrato⁹⁵.

7 CONCLUSÃO

No âmbito dos contratos, a Constituição Federal Brasileira de 1988, determinou a superação do interesse individual para o interesse coletivo, numa ordem harmônica em prol do desenvolvimento econômico e social. Com este espírito, entrou em vigência o Código Civil de 2002, com um direito mais humanizado e permitindo a interferência do Estado por meio de legislação específica para proteção da parte mais fraca com a minimização das desigualdades para corresponder aos ditames de uma justiça social e distributiva visando a garantia para todos de uma vida digna.

As relações empresariais permaneceram incluídas no Código Civil de 2002, no entanto, seguindo o exemplo das relações consumeristas, os contratos interempresariais se submetem à uma dinâmica própria que deverá ser considerada para a celebração dos negócios empresariais.

A empresa é uma peça chave para o desenvolvimento econômico e social, a sua função social está tanto no objetivo de buscar o lucro para remunerar o capital investido pelos sócios quanto no desenvolvimento da economia. Para isto, os contratos serão o instrumento por onde se terá o fluxo econômico.

Assim, no desenvolvimento da atividade empresarial, cada parte analisará profissionalmente o contrato e, se desejar, assumirá a sua parcela de risco, que é um elemento indissociável da atividade. O risco assumido é calculado de acordo com as

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 269.274/GO*, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 06/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=269274&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

características do contrato, a álea normal designa o evento normal e previsível do que possa vir a ocorrer no curso da relação contratual e, para ser aferida, se levará em consideração o grau de informação, o ambiente e o tipo contratual, portanto, as bases e circunstâncias da negociação, o ambiente econômico do momento da celebração e execução do contrato.

Estes deveres de conduta garantirão uma otimização contratual e o bom funcionamento do mercado. Naturalmente que o ambiente empresarial mitiga a partilha de informações, por isto, o contratante deverá se acautelar em uma busca razoável por informações disponíveis, já se considerando a sua racionalidade limitada e assimetria informacional, antes de decidir pela celebração do contrato e assunção dos riscos. Uma vez decidido pela celebração do contrato, este fará lei entre as partes.

Em todas as suas fases do contrato, qualquer um, seja pessoa física ou jurídica, deverá guardar os princípios da probidade e boa-fé objetiva, nos termos do artigo 422 do Código Civil Brasileiro. Especialmente em razão desta última é que será possível determinar a conduta *standard* esperada da contraparte e, desta forma, realizar-se um cálculo mais realista do grau de certeza e previsibilidade existente no mercado.

Com esta previsibilidade pautada na boa-fé objetiva, poder-se-á tirar o máximo de vantagem de um negócio sem que ocorra abuso do domínio ou de qualquer outra faculdade humana e social. Deve-se ter em vista que o lucro é o objetivo do empresário e, para tanto, ele explora seu parceiro negocial, dentro dos limites da boa-fé, visando auferir a maior vantagem econômica possível.

Deste modo, a análise judicial dos negócios empresariais deve buscar uma reflexão sobre a lógica do mercado no caso concreto, atentando-se para o conhecimento e assunção do risco pelo agente econômico sobre o negócio realizado, sobretudo, coibindo comportamentos oportunistas dos contratantes que buscam o Judiciário para, por exemplo, rever cláusulas

contratuais, o que desvirtuaria o mercado com a geração de externalidades negativas irreversíveis.



REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEVEDO, Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.
- BENACCHIO, Marcelo. *Interpretação dos contratos*. In: Lotufo, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso avançado de direito comercial*. 10^a Ed. Rev., atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In COSTA, Judith Martins. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014
- BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- _____. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2002. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/CCi-vil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1321614/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 16/12/2014, dje 03/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1321614&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 269.274/GO*, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 06/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=269274&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018
- BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto por eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952.
- COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações – Adimplemento e Extinção das Obrigações*. 2. ed. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Mariana Fontes da. *De alteração superveniente de circunstâncias: em especial à luz dos contratos*

- bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1053
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 11^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. A interpretação dos negócios interempresariais in COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Contrato de distribuição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.
- NICÒLO, Rosario. *Alea. Enciclopedia del diritto*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1958.
- PATTERSON, Edwin W. The apportionment of business risk through legal devices. in *Columbia Law review*, New York, 1924
- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais in COELHO, Fabio Ulhoa Coelho et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Contratos empresariais e análise econômica*. 2^a Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ROMANO, Cristiano. *Empresa é risco (Como interpretar a*

- Nova Definição*). São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015.
- YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015.
- WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015.